

## LA BUENA FE COMO ELEMENTO DE INTEGRACIÓN JURÍDICA EN AMÉRICA LATINA

Gumesindo PADILLA SAHAGÚN\*

SUMARIO: I. Fides y bona fides. II. *Concepto de fides*. III. *La bona fides en la visión del jurista romano*. IV. *Evolución del concepto en época medieval e iluminista; su repercusión en la codificación latinoamericana*. V. *La influencia europea: buena fe y contratos en la legislación de Europa*. VI. *América Latina: ¿hacia una integración jurídica?* VII. *La buena fe, un principio universal en la legislación de América Latina*. VIII. *Hacia un código en materia de contratos para América Latina*. IX. *Conclusiones*.

### I. FIDES Y BONA FIDES

Permítaseme hacer un preámbulo al tema que hoy trataré, con una reflexión filosófica. Seguramente, esto aclarará el camino que se vislumbra ante nosotros, no sólo como parte de la ponencia, sino en general, para la necesaria comunicación y armonía de los pueblos latinoamericanos.

Cuando Séneca diserta sobre el fondo de la verdadera amistad, arroja luz sobre un elemento fundamental de este valor humano:

*Diu cogita an tibi in amicitiam aliquis recipiendus sit. Cum placuerit fieri, toto illum pectore admitte; tam audaciter cum illo loquere quam tecum. Fidelem si putaveris, facies; nam quidam fallere docuerunt dum timent falli, et illi ius peccandi suspicando fecerunt.*<sup>1</sup>

\* Profesor en las cátedras de Derecho romano I y II en la licenciatura de derecho de la FES Aragón, UNAM. Imparte las mismas cátedras en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana.

<sup>1</sup> Sén, *Epist. ad Lucilium*. 3, 2-3: "Medita largo tiempo si debes brindar a alguien tu amistad. Si resulta sincero, acógelo de todo corazón; y habla tan abiertamente como lo

Séneca propone que el actuar de una persona, debe ser coherente en sus relaciones humanas; cuando pide fidelidad al que desea fidelidad, está refiriéndose a la necesaria reciprocidad de conducta que los seres humanos deben manifestar para obtener, a cambio, eso que desean. Reminiscencia de la *aurea regula* manifiesta en todos los pueblos y tiempos: “haz con los demás lo que quieras que hagan contigo”. Pero no sólo ello, igualmente aconseja perseverancia en el trato una vez decidido a actuar; no ser de ocasión, sino permanente. En otro pasaje de sus cartas morales, esta firmeza la engloba dentro de las características del sabio, del hombre maduro:

*Quotiens experiri voles an aliquid actum sit, observa an eadem hodie velis quae heri: mutatio voluntatis indicat animum natare, aliubi atque aliubi apparere, prout tulit ventus. Non vagatur quod fixum atque fundatum est: istud sapienti perfecto contingit, aliquatenus et proficienti provectoque. Quid ergo interest? Hic commovetur quidem non tamen transit, sed suo loco nutat; ille ne commovetur quidem.*<sup>2</sup>

Se hace patente, pues, la importancia que tiene en la vida actuar con reciprocidad, coherencia, perseverancia y recta intención: una persona que desarrolla su jornada con estas virtudes indudablemente será respetada y considerada seria, “de palabra”; o recordando el aforismo de Gracián, “el hombre consumado, sabio en dichos, cuerdo en hechos, es admitido, e incluso deseado, en el grupo singular de los discretos”.<sup>3</sup>

El *bonus vir vivendi peritus* del ideal grecorromano tiene estas características. Individuo coherente entre pensamiento, palabra y acto, que a su vez está en posición de exigir una actitud similar. En la convivencia humana, el mundo romano forja un término para dicha conducta: *fides*. Término polisémico y en ocasiones ambiguo, posee connotaciones diversas según

haces contigo mismo. Si quieres que te sea fiel, sé fiel; ciertos hombres motivan a engañarlos porque temen verse engañados, y con su sospecha provocan el derecho a cometer la falta”.

<sup>2</sup> Sén., *Ep.*, 35, 4: “Cuando desees percibir algún avance logrado, observa si hoy anhelas las mismas cosas que ayer: un cambio de voluntad refleja indecisión de espíritu, deambular acá y allá, según sopla el viento. Lo que está firmemente establecido no anda errante: eso es lo propio del verdadero sabio, pero en cierta medida también del que va progresando y avanzando en lo moral. ¿Cuál será, entonces, la diferencia? Éste se perturba, pero no cambia el rumbo, sino que titubea donde se encuentra; aquél ni siquiera vacila”.

<sup>3</sup> Gracián, Baltasar, *El arte de la prudencia, oráculo manual*, México, Planeta, 1999, aforismo 6.

el ámbito en que se despliegue el quehacer del hombre: así, *fidem adiungere* significa “otorgar confianza”; *fidem erga populum Romanum* será la “lealtad hacia el pueblo romano”; para hablar de la autoridad y fidelidad de los registros públicos se usa la frase *tabularum fides*; asimismo, de alguien que cumple con su palabra se dirá *fidem exsolvere*, al contrario de *fidem datam fallere*; incluso en el ámbito religioso, la fuerza del concepto citado evoca la idea de seguridad basada en la confianza, de ahí que pueda hablarse de *deum atque hominum fidem implorare*, “implorar el apoyo (la protección) de los dioses y los hombres”, con base en la reciprocidad humano-divina.

Sin embargo, como manifestación del actuar humano, la *fides* también está supeditada a una moral; de esta *fides* a la que nos hemos referido como ideal, podemos agregarle un adjetivo: *bona*, es decir, “buena, positiva, correcta, aprobada”. Lo contrario será un actuar con dobleces, con intenciones ocultas, malévolamente. Séneca invita a la sencillez de vida con la siguiente admonición, al tiempo que critica rigorismos hipócritas de su época:

*Illud autem te admoneo, ne eoru more qui non proficere sed conspici cupiunt facias aliqua quae in habitu tuo aut genere vitae notabilis sint; asperum cultum et intonsum caput et neglegentio rem barbam et indictum argento odium et cubile humi positum et quidquid aliud ambitionem perversa via sequitur evita... Hic mihi modus placet: temperetur vita inter bonos mores et publicos; suspiciant omnes vitam nostram sed agnoscant.*<sup>4</sup>

Podemos tomar el anterior pasaje como un ejemplo moral de la *mala fides*, que sin duda ilustra lo rechazable por los miembros de una sociedad: falta de coherencia, alejamiento de lo prometido, y por ende, pérdida de la estima pública al no saber sostener la propia conducta.

<sup>4</sup> Sén. *Epist. ad Lucilium*. 5, 1-2 y 5: “También te exhorto a no imitar esa costumbre suya que en nada aprovecha, sino la admirable, es decir, ciertas cosas nobles de tu carácter o de tu estilo de vida; evita el cabello largo, la vestimenta raída y la barba descuidada, el odio declarado a la plata, la cama a ras de suelo y cualquiera otra ambición que se persigue de manera falsaria. He aquí el límite adecuado que me gusta: que nuestra vida se adecue a buenas costumbres, públicamente aprobadas; todos sospecharán de nuestro estilo, pero lo aceptarán”.

II. CONCEPTO DE *FIDES*

En la mentalidad romana, la *fides* comparte un lugar importante con los *officia*, es decir, vínculos extrajurídicos, de alto significado moral y social. Como deber moral, encuentra su base en las relaciones familiares de amistad, o bien, de subordinación social. Así, entre los cónyuges se entiende que la *fides* es necesaria para un *bene concordans matrimonium*; la obediencia y respeto de los *filiifamilias* motiva el *officium patris*; igualmente, la constitución de una tutela hará nacer el *officium tutoris*: vínculos todos ellos que, junto a conceptos como *pietas*, *humanitas* o *amicitia*, brindan sólido fundamento a la concordia entre humanos.

En el ámbito público, la *fides* se llega a considerar como el vínculo de carácter primordialmente ético entre el *patronus* y sus *liberti* o *clientes*, iniciado en época arcaica y consolidado durante la República. En lo particular, dicho vínculo de confianza implica crear una relación bilateral en la cual el *patronus* está obligado a proteger al liberto, que permanece vinculado al *patronus*. Beltrani observa que el tejido social de época republicana se caracteriza profundamente por la consolidación de las relaciones entre patrón y liberto; de hecho, el sistema clientelar pasa a ser el fundamento de la organización política romana, por cuanto la potencia económica y, en consecuencia, la fuerza política de los patricios influyentes se basa, sustancialmente, en la relevancia del respectivo séquito de clientes.<sup>5</sup> Nacido sin duda, de una forma severamente regulada de trabajo dependiente, el trato clientelar se desarrolla sobre la base de un compromiso de carácter ético-religioso y no jurídico: la *fides*; es una relación de apoyo recíproco con una distinción muy clara de papeles: el patrón, disponiendo de mayor influencia social, debe aconsejar a sus clientes en materia de derecho y asistirles en los procesos. El primero despliega sobre los segundos su ala protectora, garantizándoles la seguridad de un poderoso que vela por ellos y al cual podrán dirigirse cada vez que se hallen en dificultades. Los habitantes vejados de alguna provincia bien podrán acercarse a un político influyente de Roma que cuide sus intereses. Municipios enteros y provincias se convierten así en clientes de una familia.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Guarino, A. (coord.), *Dizionario Giuridico Romano*, 3a. ed., Nápoles, Simone, 2003, p. 202.

<sup>6</sup> Cfr. Cicerón, *de off.* 1, 359.

En contraste, el cliente debe ofrecer al patrón sus mejores servicios. Inicialmente ofrecen mano de obra, su participación en tiempo de guerra y contribuciones financieras en caso de gastos extraordinarios erogados por el patrón. Con el paso del tiempo, adquiere importancia el apoyo político: el cliente tiene el deber moral de ayudar activamente a su *patronus* si se lanza como candidato a cierto cargo, no sólo con su quehacer electoral, sino incluso estando presente y aplaudiendo en las campañas electorales y procurando conquistar nuevos votos.<sup>7</sup>

En el ámbito privado, la *fides* retoma las características citadas al inicio y se materializa en un quehacer correcto, maduro y adecuado a la calidad de *civis Romanus*: una persona que sabe sus deberes, que tiene en alta estima la recta convivencia y honra la palabra comprometida. Así, el binomio *bonus vir* y *civis Romanus* se entiende inseparable: un hombre honesto y coherente en sus relaciones humanas, será un modelo para sellar tratos, para ver cumplida una promesa, para obligarse en los actos de su vida. Tendrá por característica una *bona fides*.

### III. LA *BONA FIDES* EN LA VISIÓN DEL JURISTA ROMANO

Guarino distingue dos características de la *bona fides* en la concepción jurídica romana:<sup>8</sup>

- Un comportamiento leal y honesto en la ejecución de los compromisos, obligaciones y asuntos: en tal acepción, la *bona fides* constituye un parámetro para evaluar la coherencia o incoherencia de una conducta.
- Una convicción de no lesionar el derecho ajeno. En esta segunda idea, con un matiz destacadamente ético, la *bona fides* constituye un requisito fundamental para figuras como la *usucapio*.<sup>9</sup>

Así, en la base de toda obligación civil está la *bona fides*; y aunque modernamente se habla de buena fe contractual o contratos de buena fe, en realidad el principio de la *bona fides* se manifiesta, en primer lugar, por la

<sup>7</sup> Weber, Karl Wilhelm, *Vita quotidiana nell'antica Roma*, 2a. ed., Roma, Newton & Compton, 2004. p. 112. Cfr. también Cicerón, *Commentariolum Petitionis*, 17.

<sup>8</sup> Guarino, *op. cit.*, nota 5, p. 74.

<sup>9</sup> Cfr. D. 41, 1, 48; 41, 10, 4; 41, 3, 15, 2.

propia acción: ésta es, en sentido estricto, de buena fe, y su ejercicio da pie a los *bonae fidei iudicia*. En tal sentido, dicha acción cimentará el *oportere* que, entre personas apegadas a la palabra dada, es requisito ineludible para cumplir con una obligación.

Siguiendo las reflexiones de nuestro colega Aldo Petrucci,<sup>10</sup> encontramos que la buena fe contractual cumple las siguientes características a la luz de las fuentes clásicas:

a) Determina e integra el objeto del contrato. La buena fe contractual representa un parámetro que interpreta y establece el objeto de la obligación; bajo esta óptica, las partes contratantes se deben todo aquello que han convenido.<sup>11</sup> Pero en caso de ambigüedad o incertidumbre que impida determinar como cierto aquello convenido entre las partes, el principio de la buena fe señala que los contratantes se deben aquello que es propio de la naturaleza del contrato específico.<sup>12</sup>

b) Valora la ejecución del contrato. La buena fe contractual exige que las partes deben observar, no sólo aquello que es objeto del contrato, sino lo que se deben *ex bono et aequo*<sup>13</sup> al cumplir con la obligación. Un ejem-

<sup>10</sup> En el marco del tema “Fondamenti di Diritto Europeo dei contratti”, Università di Roma “Tor Vergata”, curso de maestría en Sistema Jurídico Romanista, 15 de abril de 2005.

<sup>11</sup> D. 19, 1, 11, 1: “*Nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est*” (Nada es más conforme a la buena fe que cumplir lo que se convino entre contratantes); D. 19, 2, 21: “*Bona fides exigit ut quod convenit fiat*” (La buena fe exige que se haga lo que se convino).

<sup>12</sup> D. 19, 1, 11, 1 i.f: “*Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate*” (Pero si nada se ha convenido, entonces se harán las prestaciones que naturalmente se contienen en la naturaleza de este contrato); D. 19, 1, 48: “*Respondi id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelleguntur: quod si non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi et fines ostendere: hoc etenim contractui bonae fidei consonat*” (Respondí que, según aquella escritura, se deben hacer las prestaciones que se entienden como deseadas: pero si esto no aparece, el vendedor del fundo debe mostrar los documentos y límites del fundo: y esto va de acuerdo con un contrato de buena fe).

<sup>13</sup> Gaí. 3 137: “*Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur*” (También, en estos contratos uno se obliga al otro respecto a lo que uno debe garantizar al otro según lo bueno y equitativo, mientras que en las obligaciones verbales uno estipula y el otro promete, y en los créditos literales una parte, escribiendo lo debido, obliga a la otra y la otra queda obligada). El mismo texto se repite casi íntegramente en Inst. 3, 22, 3 y D. 44 7, 2, 3.

plo de esta función de la buena fe es D. 19, 1, 50.<sup>14</sup> En consecuencia, el juez puede, *ex officio* y a discreción, fijar la condena compensando las obligaciones recíprocas, esto es, tomando en cuenta lo que el demandado pudiera exigir al demandante con base en el propio contrato.<sup>15</sup>

c) Establece la responsabilidad por incumplimiento y la condena pecuniaria. La buena fe permite al juez estimar con mayor flexibilidad la responsabilidad del demandado y el interés del demandante, para fijar así la pena pecuniaria. Contrario a los *iudicia stricti iuris*, el juez atiende la situación de la relación al momento de la sentencia, no de la *litis contestatio*,<sup>16</sup> por lo que el demandado puede cubrir la prestación, incluso en la fase *apud iudicem*; pero igualmente, el demandado responde no sólo por mora o incumplimiento voluntarios sino también involuntarios. Igualmente, el juez aprecia el interés del demandante al momento de emitir sentencia, teniendo en cuenta no sólo la pérdida patrimonial sufrida por culpa del demandado (*damnum emergens*), sino también los incrementos obtenidos en caso de que el demandado cumpliera a tiempo (*lucrum cesans*); así, *ex officio* podrá condenar al demandado a restituir el valor de los frutos recibidos desde la mora culposa, cuando la cosa debida los ha producido, así como a pagar intereses moratorios (*mora usurae*), en caso de deuda pecuniaria.<sup>17</sup>

De lo anterior podemos observar que la buena fe permite una flexibilidad en el sistema contractual; pero, al mismo tiempo, expande el ámbito extracontractual, poder ir más allá de lo que pudo estipularse, limita prestaciones contrarias a la buena fe y permite una mayor autonomía de la obligación: es la esencia de la frase *obligatio ex bona fide*. Así, la buena fe asume una función correctiva en el equilibrio de las obligaciones, ya que como principio jurídico permite integrar el contenido contractual de ma-

<sup>14</sup> “*Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret*” (La buena fe no acepta que, cuando por beneficio de alguna ley, el comprador hubiese dejado de deber el dinero de la cosa vendida antes que se le entregue la cosa, se obligue al vendedor a entregarla y a carecer de su cosa).

<sup>15</sup> Gai. 4, 63: “*Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur*” (Sin embargo, el juez tiene libertad para no tener en cuenta ninguna compensación recíproca: esto ni siquiera se declara expresamente en las palabras de la fórmula, pero como se considera lo propio de un juicio de buena fe, se considera incluido en el oficio del juez).

<sup>16</sup> Cfr. D. 13, 6, 3, 2.

<sup>17</sup> Cfr. Gai. 3, 212; D. 9, 2, 23 pr.

nera dinámica, según un criterio de justicia, a fin de reequilibrar las posiciones de los contrayentes, eventualmente desequilibradas, e impedir, en su caso, un lucro injustificado.<sup>18</sup>

En tal sentido, Cardilli<sup>19</sup> señala que, desde el punto de vista de las consecuencias, se vierte sobre un modelo elástico que se adecua al tipo de contrato concluido y el acontecimiento modificativo, ya que la buena fe, como principio de tolerancia, brinda elementos para la adecuación entre contratantes y el equilibrio en caso de litigio ante el juez.

#### IV. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO EN ÉPOCA MEDIEVAL E ILUMINISTA; SU REPERCUSIÓN EN LA CODIFICACIÓN LATINOAMERICANA

Sin duda, la trascendencia del concepto de *bona fides* superó, en su momento, los confines mismos de la cultura grecorromana: fue gracias a Justiniano que el papel de la buena fe, como elemento integrador del contenido del contrato, se extendió por los reinos europeos de épocas posteriores. Las *Siete Partidas* de Alfonso X, si bien no incluyen capítulos específicos sobre la buena fe, sí hablan, por el contrario, de la *laesio enormes*,<sup>20</sup> brindando una “tipificación” y “delimitación” respecto a las prestaciones típicas en el contrato, tomando como base importante el modelo romano.

Debemos recordar, por otro lado, a Bártolo, quien ya en 1585 reflexionaba sobre el tema de la buena fe en los contratos: “...*in contractibus bonae fidei veniunt ea de quibus non est actum nec cogitatum*”.<sup>21</sup>

Igualmente, Baldo considera lo siguiente: “*Contractus omnes, sive sin bonae fidei, sive stricti iuris requirunt bonam fidem videlicet bonam mentem contrahentium, licet quod aliqua magis bona fides conveniat contractibus bonae fidei, quam stricti iuris*”.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Gallo, F., *Synallagma e conventio nel contratto*, Turín, 1992. I, pp. 22 y ss.

<sup>19</sup> Cardilli, R. “La ‘buona fede’ come principio di diritto dei contratti”, *Roma e America. Diritto Romano Comune*, Roma, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, 13, 2002. p. 166.

<sup>20</sup> *Part.*, V, 5, 56.

<sup>21</sup> Bartolus, *In primam codicis partem, De obligationibus et actionibus, lex IV*, f. 120 r.: “en los contratos de buena fe se consideran aquellas cosas sobre las que no se ha convenido ni pensado”.

<sup>22</sup> Baldus, *Consilia sive Responsa*, Venecia, 1585: “Todos los contratos, que sean de buena fe o estricto derecho, requieren la buena fe, es decir, la buena mente de los contra-

Un tercer momento viene a ser Alessandro Tartagni, quien reflexiona sobre la buena fe y opina: “...*bona fides plurimum requiritur in his, qui plurimum negotiantur, ac... quod eos non differt pactum nudum a stipulatione... ubi causa conosci seu terminari debet ex fide bona, sufficere nudum pactum...*”.<sup>23</sup>

En Alemania, Pufendorf destacaba en 1759 que: “...*ut illi quidem producerent actionem bonae fidei, in qua iudici liberior erat potestas ex aequo et bono rem arbitrandi et aestimandi... Ipsa tamen naturalis ratio ostendit, contractus onerosos esse bonae fidei, seu laxiorem admittere interpretationem ex aequo et bono*”.<sup>24</sup>

Estos ejemplos nos demuestran la importancia que, desde una visión del *ius gentium*, el concepto de *bona fides* ha adquirido para los diversos sistemas jurídicos que tienen como fundamento el derecho romano. Con base en estas reflexiones, las naciones latinoamericanas que surgirán tras los respectivos procesos de independencia absorberán este legado y lo incorporarán a las codificaciones locales. Debe notarse que, durante la época del predominio español en América, el derecho indiano reguló de forma bastante parcial aspectos concernientes al derecho de las obligaciones, sirviéndose, ante todo, del derecho castellano. García Gallo opina que en América Latina la aplicación del derecho castellano no viene a ser un derecho supletorio, colmador de las lagunas de un sistema, sino que posee un carácter pleno, el de ser derecho común del Reino, sobre aquello no regulado en las leyes especiales.<sup>25</sup> Podríamos hablar, en consecuencia, de un primer intento jurídico armonizador para América, que iniciará un camino autónomo tras las luchas independentistas y en las diversas legislaciones de los países.

yentes, aunque cualquier buena fe conviene más a los contratos de buena fe que a los de estricto derecho”.

<sup>23</sup> *Consilia sive Responsa*, 1590, lib. 6, cons. 113, *Perspectis*, 11, p. 62: “...Se requiere la buena fe al máximo grado en aquello que negocian a grado máximo, y respecto a ellos el pacto liso y llano no se diferencia de una estipulación, cuando una causa se debe conocer y decidir a partir de la buena fe, basta el pacto liso y llano”.

<sup>24</sup> *De iure naturae et gentium libri octo*, 1759, p. 697: “Los contratos de buena fe, que produjesen una acción de buena fe, en la que el juez tenía un poder más libre para valorar y estimar a partir de lo bueno y equitativo. Sin embargo, la misma razón natural demuestra que los contratos onerosos son de buena fe, es decir, admiten una interpretación más amplia por su origen en lo bueno y equitativo”.

<sup>25</sup> García Gallo, *Manual de historia del derecho español I. El origen y la evolución del derecho*, Madrid, 9a. ed., 1982, p. 417.

## V. LA INFLUENCIA EUROPEA: BUENA FE Y CONTRATOS EN LA LEGISLACIÓN DE EUROPA

En la evolución del sistema jurídico romanista, el siglo XIX viene a ser un siglo de profundos y fuertes cambios en la concepción y mentalidad de Europa. El surgimiento de corrientes de pensamiento que vienen a cuestionar abiertamente una concepción imperante por siglos de tinte iusnaturalista, resultado lógico de una variedad de movimientos intelectuales, revolucionarios y políticos, se reflejará en la codificación que intenta ordenar a los Estados surgidos de este proceso mutador.

Sin embargo, las raíces se mantendrán: el crisol donde se funden las disposiciones jurídicas decimonónicas será el derecho romano. El Código Civil napoleónico de 1804 es de los primeros en retomar, la buena fe, una idea ya forjada en siglos precedentes. Sin embargo, Cardilli<sup>26</sup> resalta que, de la lectura exegética del articulado relativo a la buena fe, ésta adquiere un matiz deformado, mitigado, convirtiéndola en un mero canon para valorar la conducta de los contrayentes en la ejecución de las obligaciones surgidas del acuerdo. En resumen, la buena fe entendida como regla de conducta al momento del cumplimiento, como sostiene aún parte de la doctrina moderna. Así, el artículo 1134, tercer inciso, menciona: *Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi.*<sup>27</sup>

Reafirma lo anterior el artículo 1135 del mismo ordenamiento: *“Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature”*.<sup>28</sup>

En contraste con este acercamiento más naturalista, el Código Civil austriaco de 1811, en el artículo 863, primero y segundo incisos, se dice:

*(1) Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen; sondern auch stillschweigend durch*

<sup>26</sup> Cardilli, *op. cit.*, nota 19, p. 173.

<sup>27</sup> “Éstas [las convenciones] deben ejecutarse de buena fe”.

<sup>28</sup> Las convenciones obligan no sólo a lo que se ha expresado en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyen a la obligación dependiendo de su naturaleza”. En la parte final de este artículo reaparece tácitamente el tema de buena fe como integradora del contenido del contrato. Citado por Esborraz, David Fabio (coord.), *Fonti Moderne: codici civili europei*, Roma, Programma Alfa-Rete Omnem, 2005, vol. II/1, p. 18.

*solche Handlungen erklären, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen.*

*(2) In Bezug auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.*<sup>29</sup>

Estas dos codificaciones europeas son pilares fundamentales para el desarrollo que se dará en América Latina de la legislación civil tras las guerras de independencia. Mencionaré sólo tangencialmente, por no haber tenido una influencia histórica directa en el proceso de creación de leyes para nuestro continente, los códigos civiles italiano de 1865 en su artículo 1124; el español de 1887 y el de comercio de 1885 en el artículo 57 que otorgan espacio al tema que nos ocupa; en la legislación civil alemana de 1900 se le brindó un lugar a la buena fe en su artículo 242. Fueron los artículos 2, primer inciso del Código Civil suizo de 1907; el 1175 del italiano; el 762, segundo inciso y el 334 del portugués de 1967, y ya cercano a nosotros, los artículos 6.2 y 6.248 en la legislación civil holandesa de 1992, donde se da cabida a la buena fe en la integración del contrato.

## VI. AMÉRICA LATINA: ¿HACIA UNA INTEGRACIÓN JURÍDICA?

Si bien pocos códigos siguieron la idea brindada por el código napoleónico de 1804 respecto a la buena fe, no puede negarse la influencia que tuvo para el proceso que concluyó en las legislaciones civiles latinoamericanas posindependentistas. Así, podemos considerar al Código Civil boliviano de 1836 uno de los primeros del Nuevo Continente que organiza el tema de la buena fe:

Artículo 725: Toda convención legalmente formada tiene fuerza de ley respecto de las partes contratantes. No puede ser revocada sino por consenti-

<sup>29</sup> “(1) Se puede decir que la voluntad no sólo se manifiesta por medio de palabras y gestos admitidos de forma general, sino que incluso puede declararse tácitamente con actos tales que no den lugar a ningún motivo racional de duda, considerando todas las circunstancias”.

“(2) En relación con el significado de los efectos de actos y omisiones, se deben tener en cuenta los usos y costumbres válidos en los tráficos (relaciones) lícitos”. Citado por Esborraz, David Fabio (coord.), *Fonti Moderne: codici civili europei*, Roma, Programma Alfa-Rete Omnem, 2005, vol. II/1, p. 54.

miento mutuo o por las causas que la ley autoriza. Debe ser ejecutada de buena fe.

Artículo 726: Las convenciones obligan no sólo a lo que se ha expresado en ellas, sino también a todo lo que la equidad, el uso o la ley concede a las obligaciones, conforme a su naturaleza.<sup>30</sup>

El Código Civil de Perú de 1852 en su artículo 1257 abre un nuevo momento en el proceso de codificación para América Latina. Con respecto al Código Napoleónico, ya visto, se nota un alejamiento en cuanto a la referencia de la buena fe al ejecutar el contrato, utiliza el término “equidad” como reminiscencia de la buena fe y no por ello se pierde el sentido de reciprocidad que impera en las obligaciones como fuente de integración del contenido contractual. Es una elección consciente de intervención privativa, dirigida a no codificar la buena fe, teniendo en cuenta el modelo francés que la menciona, incluso como simple modelo guía y regla de conducta en la ejecución del contrato:

Artículo 1256: Los contratos producen derechos y obligaciones recíprocas entre los contratantes, y tienen fuerza de ley respecto de ellos.

Artículo 1257: Los contratos son obligatorios, no sólo en cuanto se haya expresado en ellos, sino también en lo que sea de equidad o de ley, según su naturaleza.<sup>31</sup>

Llegamos así a uno de los códigos civiles, que puede considerarse modelo, en cuanto a orden y congruencia: el Código Civil chileno de 1855, meditado y afinado por esa luminaria latinoamericana que fue Andrés Bello. Debe notarse que en los artículos pertinentes, a la ahora llamada buena fe objetiva, se nota un cuerpo ordenado y completo, alejado de lo superfluo y dirimiendo los puntos controvertidos entre los intérpretes del derecho, superando prudentemente las dificultades que generó el Código Napoleónico en su momento. El artículo 1456 menciona:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisa-

<sup>30</sup> Citado por Cardilli, *op. cit.*, nota 19, p. 173.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 137.

mente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.<sup>32</sup>

Para Cardilli es evidente la influencia del doctrinario Delvincourt en la predilección que tuvo Bello respecto a las lecturas del Código Napoleónico,<sup>33</sup> y esto debido a considerar la buena fe no sólo como regla de conducta sobre aquello a lo que las partes deben atenerse en la ejecución del acuerdo, sino, más aún, como fuente de integración de la relación obligatoria nacida del contrato, lo que implica una serie de prestaciones no deseadas expresamente por las partes. Esta visión modernista se adopta en buena parte de las nacientes codificaciones latinoamericanas: Ecuador entre 1858 y 1860; Venezuela en 1862; Nicaragua en 1867; Colombia en 1887; Honduras en 1906. La ola bellista llegó México un poco tarde: fue tan sólo en el Código Civil de 1928 que se plasmó este giro en el principio de la buena fe.<sup>34</sup>

Una nueva aportación de significativo nivel fueron los diversos proyectos de códigos del gran jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas entre 1860 y 1867. Si bien el tema de la buena fe objetiva no resalta a primera vista en los trabajos de Teixeira, no se descarta la idea de que, para él, la buena fe es el alma del comercio, el cual no puede existir sin aquélla. Ha sido éste el puntal para ver, en el siglo XX, un papel protagónico de la doctrina brasileña que, con mayor certidumbre y prestigio, reconoce la vigencia del principio de la buena fe en sentido objetivo en materia contractual, sin que por ello el silencio de su codificación sea relevante.

En el siglo XX los códigos latinoamericanos muestran una tendencia a la amplia recuperación del principio de la buena fe en los contratos. Ejemplo de ello viene a ser el artículo 1362 del Código Civil del Perú de 1984:<sup>35</sup> “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe”.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Citado por Esborraz, David Fabio (coord.), *Fonti Moderne: codici civili latinoamericani*, Roma, Programma Alfa-Rete Omnem, 2005, vol. III/1, p. 23.

<sup>33</sup> Cardilli, R., *op. cit.*, nota 19, p. 175.

<sup>34</sup> Artículo 1796: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforma a la buena fe, al uso o a la ley”.

<sup>35</sup> Cardilli, *op. cit.*, nota 19, p. 137.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 183.

El recorrido histórico que el concepto de buena fe ha tenido en la historia de América Latina es amplio. No podemos negar la importancia que tal concepto brindó al desarrollo de las legislaciones posindependentistas y a sentar las bases, de forma natural y compartida, de una comunidad de pensamiento para los códigos latinoamericanos. Una similitud más uniforme que la de Europa, y por ende, con mayores posibilidades de desarrollarse en el inicio de milenio.

#### VII. LA BUENA FE, UN PRINCIPIO UNIVERSAL EN LA LEGISLACIÓN DE AMÉRICA LATINA

Con base en las ideas expuestas anteriormente, podemos resaltar el principio de buena fe como fuente de integración del contenido contractual vigente en los diversos ordenamientos relacionados con el sistema jurídico romano-latinoamericano. Si bien autónomos en cuanto al punto de vista intelectual, según la doctrina de los países, son evidentes los rasgos de analogía en sus efectos. En esta línea de pensamiento, hay una tendencia de los juristas a liberarse más fácilmente de lecturas supraestructurales respecto al dato codificado en términos estatual-legalista. Si bien, como resultado propio de un proceso histórico de liberación, buena parte de los países latinoamericanos han vivido situaciones de cierre nacionalista, esto se compensa enormemente con una apertura espacial y temporal que se basa en el origen del sistema. Bajo tal óptica, la buena fe recupera, a propósito, un lugar fundamental en la dogmática jurídica latinoamericana como principio integrador y criterio de equilibrio dinámico de justicia.

Por ser principio del *ius gentium*, y por tanto de un derecho común a todos los hombres y tiempos, “la buena fe sustenta, permite crear y delimita el vínculo obligatorio y las prestaciones inherentes a éste, sosteniendo y perfeccionando en la dinámica relacional el momento propulsor del encuentro de la voluntad”.<sup>37</sup> La historia del papel de la buena fe en América Latina confirma tal función, propia de ordenamientos en los que, inicialmente, no constaba en el derecho escrito de las nuevas repúblicas posindependentistas. El sistema jurídico romanista halló una particular manifestación en los ordenamientos jurídicos de América Latina, con ca-

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 185.

racterísticas propias que, en ocasiones, pueden asimilarse sólo parcialmente a la historia jurídica europea.

Y si bien no hay una codificación minuciosa y detallada de la buena fe objetiva en materia de contratos, no por ello es menor su aplicación al momento de la revisión, en su caso, frente a una determinación judicial. No podemos negar que esto es propio de un particular escepticismo, ligado a nuestra realidad, de la función del juez; pero también es una lógica consecuencia de ideas liberales: hay desconfianza hacia la actividad judicial como instrumento de justicia contractual, pero se brinda confianza al querer de las partes, aun frente a la imposición de la parte fuerte y el posterior equilibrio de la voluntad.

Más aún, con la aplicación del principio de buena fe es posible corregir los excesos de aquel principio jurídico del *pacta sunt servanda*. En momentos como el actual, transido de una fuerte cultura globalizadora de corte utilitarista, la vuelta a la buena fe como elemento equilibrador permitirá una seguridad, por dar un ejemplo, ante hechos imprevistos que hagan excesivamente oneroso el cumplimiento de lo pactado, con evidente ventaja de alguna parte.<sup>38</sup> En tal sentido, la renegociación de estos contratos deriva de la regla de buena fe, porque, si bien es cierto que *pacta sunt servanda*, su límite será *rebus sic stantibus*.<sup>39</sup> Los laudos internacionales en materia comercial sientan la base para reflexionar en este sentido, argumentando que cuando las partes no quieren soportar el riesgo de cambio de circunstancias deben incluir en el contrato una cláusula de *hardship*, permitiendo equilibrar prestaciones que un evento torna de difícil o imposible cumplimiento.

Alterini<sup>40</sup> resalta acertadamente que la justicia contractual requiere del respeto al principio *pacta sunt servanda* para adecuar y mantener la equivalencia en las prestaciones, presupuesto del negocio jurídico, cuando el curso natural y ordinario de las cosas se rompe. Así, la vigencia que va adquiriendo la *lex mercatoria* en las relaciones de quienes participan en el

<sup>38</sup> Es la moderna tendencia sobre estudios de la teoría de la imprevisión, así como de las llamadas cláusulas de *hardship* y que encuentran un fiel reflejo en el moderno Código de defesa do consumidor del Brasil, que entró en vigor el 11 de septiembre de 1990.

<sup>39</sup> Alterini, A., "Teoría de la imprevisión y cláusula de *hardship*", en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, Roma, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, 13, 2002, p. 62.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 67.

proceso globalizador de nuestros días no sólo debe tender a la ruptura de las fronteras nacionales, la especulación comercial y los intercambios de toda índole. Se entiende la importancia de este proceso, pero considero necesario implantar sanos límites: esta *lex mercatoria*, sin duda alguna, va más allá de los Estados y se aplica al margen de las reglas y autoridades nacionales. Su expansión parece irreversible, “se gesta naturalmente”: ante estas frases retóricas de los propagadores del “pensamiento único” posmoderno, debe elevarse la voz del jurista reflexivo, consciente de los procesos que vive su mundo, pero igualmente consciente de que no puede darse un verdadero avance si no se gesta con un fondo regulador, con medidas y límites.

La vuelta a los llamados “principios generales del derecho” viene a ser piedra angular en las relaciones modernas de los países: revalorar el *ius gentium* frente al embate del capitalismo actual; y esta reflexión vale para la realidad de América Latina, zona maniatada a los deseos del vecino del Norte. La *bona fides*, pilar fundamental de las relaciones humanas, incluidas las jurídicas, puede ser un elemento que fortalezca, inicialmente, las relaciones un poco distantes de nuestros países latinoamericanos; después, ofrecer un sólido recurso para crear un frente común en las relaciones económicas mundiales. Si bien reconozco que la solución se vislumbra difícil, se puede iniciar por no empeorar más lo que ya existe. Es ya un avance que los males no avancen.

#### VIII. HACIA UN CÓDIGO EN MATERIA DE CONTRATOS PARA AMÉRICA LATINA

La relevancia del sistema romanista, en general, y del principio de *bona fides*, en particular, es evidente en la moderna legislación occidental. Nadie puede negar ya esta afirmación; pero más relevante aún es la idea de plasmar principios reguladores comunes a todas las culturas y países por medio de “códigos tipo”. Más allá de las fronteras, las particulares historias y los muy respetables nacionalismos, surge ya la necesidad de crear un campo común de entendimiento entre pueblos al momento de relacionarse con otras culturas. Las relaciones comerciales de este principio de milenio hacen estallar las puertas fronterizas, literalmente hablando; pero también llevan implícita toda la carga cultural propia de cada contratante. Frente a los naturales sesgos locales que se despliegan al momento de la controversia, referidos hacia qué derecho aplicar, surge la necesidad de mediar, de

arbitrar con instrumentos adecuados, que sin lesionar la esfera legal nacional de las partes, les permita hablar un lenguaje común para resolver sus diferencias. Nacerán así, por designarlos de algún modo, “supracódigos” que busquen quintaesenciar los principios fundamentales de la relación jurídica y que, reconocidos por las partes, les sienta a la mesa de negociación para equilibrar y salvar, en lo posible, las prestaciones sin un daño grave.

En el tema de las relaciones comerciales, son importantes las iniciativas europeas de los “Principios sobre los contratos comerciales internacionales” de UNIDROIT de los años noventa.<sup>41</sup> No debemos obviar, igualmente, el proyecto *Principles of European Contract Law* de la Comisión que presidió el profesor Ole Landó en esa misma década.<sup>42</sup> Mérito también hay que reservarle al proyecto del “Código europeo de contratos” estructurado por la Academia de la Universidad de Pavia.<sup>43</sup> son intentos reguladores vistos desde una perspectiva de igualdad y equilibrio, poseyendo un sentido de comunidad.

En América Latina aún se encuentra en fase de investigación y reflexión un código tipo en materia de contratos y obligaciones, aunque la experiencia de esta clase de proyectos no es nueva. En 1988 se aprobó el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo, en el marco de las XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en Río de Janeiro.<sup>44</sup> En la misma

<sup>41</sup> Sobre el tema de esta ponencia, resalto el artículo 1.7 que señala: “(1) Cada una de las partes debe actuar conforme a la buena fe en el marco del comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir o limitar esta obligación”.

<sup>42</sup> Respecto al tema que hoy nos reúne, debo citar el artículo 1.102 en su inciso (1) que declara: “Las partes son libres para estipular contratos y para determinar el contenido, en el marco del respeto a la buena fe y la formalidad, así como de las normas imperantes contenidas en los Principios”; igualmente, el artículo 1.106 inciso (1) que señala: “Los principios deben ser interpretados y aplicados en concordancia con su objetivo. Debe brindarse una particular atención a la exigencia de promover la buena fe y la formalidad, la certeza de las relaciones contractuales y la uniformidad de su aplicación”.

<sup>43</sup> Sobre el tema tratado hoy, resalto el artículo 6, que bajo el rubro de “Dovere di correttezza”, le dedica en sus cuatro párrafos un espacio a la actuación de las partes basada en la buena fe, pero *a contrario sensu*, es decir, contemplando actos que lesionen o pongan en riesgo el principio citado: “Cada una de las partes es libre de redactar las cláusulas con vista a la conclusión de un contrato, y no incurre en ninguna responsabilidad por la ausencia de estipulación en este sentido, salvo que su comportamiento sea contrario a la buena fe”.

<sup>44</sup> Cfr. el ensayo de Simón, Luis María, “La aplicación del Código Procesal Civil Modelo en Iberoamérica”, en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, Roma, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, 17, 2004, pp. 153-177.

línea, está el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, surgido por la iniciativa de Antonio Gidi en el VII Seminario Internacional de Derecho Procesal realizado en Roma, en mayo de 2002.<sup>45</sup> Igualmente, otra experiencia unificadora para nuestro continente es el “Código Modelo Procesal Penal para Iberoamérica” preparado por Julio B. Maier y otros destacados juristas, presentado en las citadas XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal de Río de Janeiro de 1988.<sup>46</sup> Son esfuerzos de mérito que tienen por objetivo ofrecer un campo común a los países de Latinoamérica en el campo jurídico, evidencia de un esfuerzo constante de “unificación del derecho” promovido por Europa, consciente de que en nuestras latitudes hay más capacidad y voluntad para lograr la armonización de los sistemas legales. Es cuestión de tiempo poder ver cristalizado un proyecto en materia de contratos y obligaciones para nuestro continente: la necesidad histórica nos orilla a esto. Los estudios que se realizan en este momento sobre fuentes de las obligaciones; parte general de los contratos y obligaciones; principios en materia de contratos; objeto del contrato; causa del contrato; forma del contrato; representación; incapacidad; vicios del consentimiento; simulación; tutela del deudor y de la parte débil; lugar y tiempo para el cumplimiento, así como otros temas relacionados, brindarán resultados satisfactorios para ultimar ese proceso gradual de unificación jurídica que requiere nuestro continente. Será importante conocer los resultados de esas investigaciones y dar voz a sus autores en los foros respectivos que se celebren en el futuro: ellos serán el pilar donde Latinoamérica pondrá buena parte de sus esperanzas al momento de presentarse en la mesa de negociación internacional.

## IX. CONCLUSIONES

En el marco de la relación contractual de este nuevo milenio, cobra importancia gradual el deber de formalidad entre las partes. Más allá de las diferencias nacionales, de la capacidad (o incapacidad) económica de las

<sup>45</sup> Cfr. el ensayo de Pellegrini Grinover, A., “Proyecto de Código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica”, en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, Roma, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, 17, 2004, pp. 257-264.

<sup>46</sup> Cfr. el ensayo de Bartolino, P., “La situación del proceso penal y la influencia del Código modelo procesal penal para Iberoamérica”, en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, Roma, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, 17, 2004, pp. 321-344.

naciones, de los costos y beneficios que represente la inversión y la especulación, surge la necesidad de apego a un correcto actuar entre contratantes. Esta coherencia madura entre personas físicas o morales brindará certeza futura a las relaciones entre naciones. Considero que la idea de *bona fides*, pese a las dudas morales que implique invocarla o los tópicos comunes que haga renacer, no ha perdido actualidad; al contrario, se renueva y se hace exigible en este momento de globalizada confusión. Si la llamada “posmodernidad” se considera un necesario puente entre dos momentos históricos, ciertamente el precedente ha finalizado; pero ello no implica, como invocan muchos, “el fin de la historia”: considerar que tras la caída de las grandes ideologías viene la nada, es cerrar la puerta a la optimista inquietud humana de progreso. Pienso que hay las condiciones para sembrar las semillas de un “Segundo Renacimiento”, donde nuevamente el humanismo oriente y dé forma al siguiente capítulo del devenir humano. En lo que respecta al ámbito del derecho, son los juristas quienes definirán si se debe renunciar a un principio de justicia elemental como lo es la *bona fides*, cuyo objetivo es equilibrar las prestaciones entre partes o colocar en una posición de igualdad una relación desventajosa. Sin duda, será la doctrina que permitirá mejorar el *ius*, retomando plenamente el papel que les es propio, en la fase de producción y aplicación del derecho, observando y debatiendo con prudencia una solución judicial internacional.